

VU Research Portal

Niet waarschuwen bij overschrijden databundel

Lodder, Arno R.

published in

Tijdschrift voor Internetrecht
2019

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Lodder, A. R. (2019). Niet waarschuwen bij overschrijden databundel: ondernemingsvrijheid vs. consumentenbescherming. *Tijdschrift voor Internetrecht*, 2019(3/4), 121-126. [UDH:IR/15651].
<https://denhollander.info/artikel/15651>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Niet waarschuwen bij overschrijden databundel: ondernemingsvrijheid vs. consumentenbescherming

A.R. Lodder¹

Deze opinie gaat in op de vraag of het niet waarschuwen dat de mobiele internetdatabundel (bijna) op is als een eerlijke handelspraktijk kan worden gezien, en zo ja, of in dat geval over deze werkwijze geïnformeerd moet worden. Deze vraag is aan de orde gesteld in een door mij gevoerde rechtszaak. De reden die zaak te beginnen was juridisch inhoudelijke verwondering. Met de uitspraak van de rechter zijn mijn vragen niet beantwoord. De insteek van deze opinie is geenszins mijn gelijk te halen, maar juist om anderen uit te nodigen overtuigende argumenten tegen mijn visie aan te voeren.

1. Inleiding

In het voorjaar van 2017 deed zich het volgende geval voor:

Een 14 jarige scholier is met klasgenoten op een Nederlandse camping. Plotseling komt er een SMS binnen: 'U bent 130 euro over uw databundel'. Hoe kan dit? Het bleek dat de databundel 10 dagen daarvoor al overschreden was en de kosten navenant waren opgelopen. Waarom was dit niet door de provider gemeld en werd dit tien dagen later pas gecommuniceerd? Ik begreep het niet, en ging op zoek op de site van de provider. Daar vond ik geen relevante informatie.

Rondkijkend op internet trof ik verschillende vergelijkbare verhalen van consumenten, die rond de 120-130 euro overschrijding gewaarschuwd werden over de forse overschrijding van de databundel. Dat vond ik vreemd. Ik nam contact op met de Support afdeling van Youfone, de provider in kwestie, en legde het volgende voor:

'Pas meer dan een week nadat de overschrijding plaatsvond hebben jullie over de overschrijding via sms bericht. Als jullie deze sms na 2 of 3 dagen hadden gestuurd, wat een nog redelijk ruime termijn is, zou de schade beperkt zijn gebleven tot Euro 13,06.

Graag stel ik daarom voor om Euro 123,30 te crediteren (nl. 136,26- 13,06).'

Daarop volgde een standaardreactie: 'Helaas kan ik de kosten niet crediteren, deze zijn correct berekend op basis van je verbruik.' Ik antwoordde:

'Onderstaand is een standaard reactie waarbij u niet ingaat op mijn mail. Mijn punt is dat jullie na 10 dagen een SMS stuurden, toen de overschrijding al 130 euro was. Er zijn in beginsel twee mogelijkheden. Je informeert binnen een redelijke termijn (waarbij zoals ik aangaf 2-3 dagen ruim is). Of je informeert niet. Jullie hebben allebei niet gedaan. Ik ga er vanuit dat jullie alsnog ingaan op mijn verzoek tot creditering.'

Wat ik hierboven aanvoer is een drogreden, namelijk de wet van het uitgesloten midden. Youfone ziet in haar praktijk een niet door mij genoemd derde alternatief, namelijk het pas informeren als er een vrij groot bedrag wegens overschrijding betaald moet worden.

Al snel werd duidelijk dat Youfone de enige aanbieder in Nederland die niet waarschuwt bij het (bijna) overschrijden van de databundel,² behalve dus in het geval dat de kosten flink opgelopen zijn. Andere Nederlandse providers sturen bij verbruik van een

1. Arno Lodder is hoogleraar internetrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en Of Counsel bij SOLV Advocaten.

2. Zo vermeldt de site bellen.com 'Youfone stuurt als enige partij geen waarschuwingssms'jes en e-mail als je zowel 80% als 100% van je bundel bereikt hebt'. Er is mij na onderzoek niet gebleken dat er andere providers zijn die ook niet waarschuwen.

substantieel deel van de databundel daarover een bericht aan de gebruiker en doen dit ook als de hele databundel verbruikt is. Minister Kamp zag het belang hiervan in, zo gaf hij aan op 15 maart 2014, in het kader van de evaluatie zelfregulering in de telecomsector:

‘Ter verdere verbetering van de transparantie en om onverwacht hoge rekeningen te voorkomen vind ik het belangrijk dat ook bij 100%-verbruik een notificatie wordt verstuurd.’³

Binnen de Europese Unie zijn providers al langer verplicht te waarschuwen in geval van grensoverschrijdend data-gebruik bij roaming op grond van de verordening nr. 544/2009 (art. 6bis lid 3):

‘een passende kennisgeving naar de mobiele telefoon of een ander toestel van de roamende klant, bijvoorbeeld een sms-bericht, een e-mail of een pop-upvenster op de computer, wordt verstuurd wanneer de dataroamingdiensten 80% van het overeengekomen financiële of volumeplafond hebben bereikt.’

Inmiddels is deze verordening vervangen door verordening 2015/2120 waar in art. 15 lid 3 is opgenomen dat ‘al zijn roamende klanten de gelegenheid vrijwillig en kosteloos te kiezen voor een faciliteit die tijdig informatie geeft over het totale gebruik’ en tevens ‘zonder de uitdrukkelijke toestemming van de klant een bepaald maximumbedrag niet overschrijden.’ Als er dus op een buitenlandse camping per ongeluk buiten een wifi wordt geïnternet, is de gebruiker wettelijk beschermd tegen hoge kosten.

Bedrijven hoeven niet over alles te informeren en de consument heeft een onderzoeksplicht. Echter wat de onderzoeksplicht betreft, ook na uitgebreid zoeken op de site en in de voorwaarden, door zowel mijzelf als tientallen studenten die werkten aan een aan de onderhavige zaak ontleende casus, wordt niet duidelijk dat er niet gewaarschuwd wordt.

In dit stuk wordt ingegaan op de over hierover gevoerde rechtszaak en de daarbij aangevoerde argumenten. Mijn hoop is dat lezers met argumenten komen op de punten waar de wederpartij en de rechter niet op ingingen.

Voorafgaand aan de bespreking van de procedure die liep van augustus 2017 tot het vonnis van de Rechtbank Amsterdam op 16 april 2018, ga ik in op de vraag in hoeverre er met de telecomsector vergelijkbare verdienmodellen bestaan.

2. Vergelijkbare verdienmodellen

Het fors in rekening brengen van gebruik dat buiten hetgeen gaat dat afgesproken is, is binnen de telecomwereld niet ongebruikelijk. Kenmerkend voor dit verdienmodel is een sterke asymmetrie. Ook als je niks verbruikt betaal je, wat op zich begrijpelijk is omdat je betaalt voor de *mogelijkheid* gebruik te maken van telefonie, berichtenverkeer of internet. Daartegenover staat dat als je meer gebruikt dan afgesproken het verschil in vergoeding doorgaans het veelvoudige is van hetgeen betaald zou zijn als van te voren een grotere bundel zou zijn aangeschaft. Een bundel van 1 Gb bij Youfone is 5 euro en daar wordt in geval van overschrijding, buiten de bundel, dus het twintigvoudige voor gevraagd. Een deel van de verklaring is dat Youfone een MVNO is zonder eigen netwerk. Deze koopt capaciteit in bij een MNO (KPN) tegen een wholesale tarief. Deze wholesale contracten werken vaak op basis van geprognoseerde afname. Extra verbruik betekent dus meteen incrementeel extra kosten.

Ik sluit niet uit dat er vergelijkbare verdienmodellen bestaan, maar dergelijke grote verschillen tussen gebruik van een dienst binnen overeengekomen kwantiteit en wat daarbuiten valt zijn mij niet bekend uit andere sectoren. Er zijn voornamelijk in capaciteitsindustrieën voorbeelden maar dat zijn naar hun aard vaak B2B-markten, zoals vrachtvervoer. Ook in consumentenmarkten komt het op bepaalde manieren terug, waarbij een vroeg commitment aan capaciteit (vliegticket ruim van te voren gekocht) goedkoper is dan een laat commitment (later gekocht ticket) (met de uitzondering dat overcapaciteit dan weer extra goedkoop is (last-minute)). De discrepantie in prijs tussen binnen overeenkomst gebruik en daarbuiten komt voor als uniek groot in de telecomsector.

Heel anders is bijvoorbeeld een dienst als het leveren van gas, licht en water waarbij je gewoon betaalt voor hetgeen geleverd is op basis van een afgesproken prijs. Je betaalt net als bij een telecomcommunicatiebundel maandelijks, maar als je bijvoorbeeld meer stookt dan waar je in een jaar voor betaald hebt moet je bijbetalen, stook je minder krijg je geld terug.

Het verschil tussen mobiele telecom en energiediensten komt mogelijk omdat laatstgenoemde van origine overheidsdiensten waren, en mobiele telecom dit nooit geweest is. Bij vaste telefonie waren er ook geen bundels maar werkte het eerder als de levering van gas, licht, water, met dien verstande dat je per maand de telefoonkosten voor bellen afrekende, naast een vast bedrag voor het gebruik van de lijn. Een deel van de verklaring is de concurrentie in de vrije markt, maar deze heeft in ieder geval in de energiesector niet geleid tot vergelijkbare ‘abonnementen’ als die in de telecomsector gebruikelijk zijn.

Ook in die tijd waren er zogenaamde shock bills, het fenomeen dat ziet op dermate hoge rekeningen dat deze een schok bij de afnemer veroorzaken. Dan ging het bijvoorbeeld om gevallen waar veel ingebeld was om te internetten. Of, als er veelvuldig

3. 27 879 Versterking van de positie van de consument, nr. 48, BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN, p. 3.

naar het buitenland gebeld was. Op de VU kon het bellen naar het buitenland op een bepaald moment alleen nog via de centrale. De reden daarvoor was dat bleek dat er medewerkers waren die bijvoorbeeld vanuit de lift uitgebreide gesprekken, met name in de avonduren, met inwoners uit (verre) buitenland voerden.

Ook bij proefabonnementen kan er een groot verschil zitten tussen wat betaald wordt tijdens een proefperiode en het reguliere abonnementsgeld van bijvoorbeeld een krant. Verschil is wel dat er niet uiteindelijk een heel hoog bedrag betaald wordt, maar in de eerdere periode een heel laag bedrag. Ook is er hier speciale regelgeving aangenomen⁴ die voorkomt dat je ongemerkt overgaat van een proef in een regulier abonnement. Dat kenmerkt ook een ander verschil. Er is een overgang, in de tijd. Het is niet zo dat je in dezelfde periode van een geleverde dienst opeens veel meer moet betalen. Dat zou iets zijn als dat je tijdens je proefperiode online niet alleen de krant leest waar je voor betaalt maar ook 'buiten de bundel' andere kranten kan lezen en daarvoor een veel hoger bedrag moet betalen dan op basis van regulier abonnementsgeld verschuldigd zou zijn.

Bij autoverhuur bestaat ook een soort gebruik buiten de bundel. Je kan bijvoorbeeld een auto huren met onbeperkt aantal kilometers, maar ook met maar 100 km vrij. Wat je daarboven betaalt, is echter niet exorbitant veel meer. Stel dat je een Opel Astra huurt bij Ouke Baas⁵ dan betaal je 51 euro voor een dag met 100 kilometer. Voor iedere extra kilometer betaal je 16 cent. Als je dus twee keer zoveel rijdt, betaal je 67 euro in plaats van 51 euro. Heel schappelijk, op geen enkele manier vergelijkbaar met buiten bundel telecomgebruik. Opgemerkt is dat de hoge tarifiering algemeen gebruikelijk is in de telecomsector, waarin Youfone verschilt dat het ongemerkt kan oplopen vanwege het niet waarschuwen.

Bij het leasen van een auto geldt iets vergelijkbaars als bij huren. Stel dat je een KIA private-leaseovereenkomst afsluit. Een KIA Sportage lease kost 489 euro per maand,⁶ dus 5868 euro per jaar, en je mag dan 10.000 km rijden. Je betaalt omgerekend 0,59 euro per kilometer. Als je minder dan 10.000 km rijdt krijg je per km geld terug, namelijk 0,051 euro. Voor iedere extra kilometer moet je 0,11 euro bijbetalen.

Een laatste voorbeeld is het te laat inleveren van bijvoorbeeld een geleend boek, dan kunnen de kosten flink oplopen. Dit is echter een daadwerkelijke boete, namelijk voor het niet aan je afspraak houden dat je op een bepaalde tijd zou inleveren. En je dupeert mogelijk anderen, die het door jou geleende werk nu niet kunnen gebruiken. Het is in de zin van extra betalen mogelijk vergelijkbaar hoog als bij te-

lecomcontacten, maar van een heel andere aard. Immers, je betaalt per dag een boetebedrag en niet een enorme opslag op gebruik waarbij het gebruik in beginsel ook niet beperkt is.

Voor zover er met de telecom vergelijkbare verdienmodellen zijn, ben ik daar ook na navraag bij verschillende mensen, nog niet achter welke dat dan zijn. Dichtst in de buurt komt wellicht roodstaan bij bankrekeningen. Als je een dergelijk bedrag dat je rood staat zou lenen, ben je veel minder kwijt. Mogelijk is dat de gedachte van de telecom branche, dat je fors boet wordt voor het niet juist afgesloten abonnement...⁷

3. De geschilpunten

In de zaak tegen Youfone stond de vraag centraal of een onderneming fors mag factureren zonder te waarschuwen dat de grens van de databundel bereikt is, alsmede of zij niet over deze praktijk hoeft te informeren. Binnen wettelijke grenzen kan een onderneming naar eigen inzicht zijn bedrijf inrichten. De vraag is of Youfone juridisch gezien grenzen overschrijdt.

De aangevoerde argumentatie is tweeledig. In de eerste plaats is gesteld dat Youfone een oneerlijke handelspraktijk heeft verricht door als enige aanbieder in Nederland consumenten niet te waarschuwen op het moment dat ze (bijna) hun databundel verbruikt hebben. Zelfs indien er van uit zou worden gegaan dat er niet sprake is van een oneerlijke handelspraktijk, is hier alsnog sprake van, althans schendt Youfone wettelijke informatieplichten (zoals art. 6:230b lid 10 BW 'de belangrijkste kenmerken van de dienst wanneer deze niet uit de context blijken', art. 6:230m lid 1 sub a 'de voornaamste kenmerken van de zaken of de diensten'), nu Youfone de consument niet informeert over deze voor de consument ongebruikelijke en onverwachte bedrijfsvoering.

Het verweer van Youfone is dat ze de consument duidelijk informeren over de mogelijkheid een dataplafond in te stellen. Daarmee is echter niets gezegd over de twee hierboven aangevoerde punten.

4. Niet waarschuwen bij overschrijding

De vraag is of er een verplichting is om eindgebruikers te waarschuwen bij het overschrijden van de bundel. De expliciete regulering van vergelijkbare meldingen versterkt de gedachte dat bij afwezigheid van regulering geen verplichting geldt. De gebruiker mag daar dan ook niet zomaar van uitgaan.

4. De zogenaamde Wet Van Dam, die 1 december 2011 van kracht werd (*Stb.* 2010, 789): art. 2:35 lid 6 BW; art. 6:236 lid 1 sub j en o-s; art. 6:237 lid 1 sub k, l, o BW.

5. <https://www.oukebaas.nl/>.

6. <https://www.kia.com/nl/kies-je-kia/private-lease/>.

7. Je zou het ook kunnen zien als een 'gokspel' waarbij je toekomstig gebruik moet inschatten. Dan hopen de aanbieders dat je te ruim inschat (met als extra incentive het peperduur zijn van buiten de bundel verbruik), zodat ze kunnen verdienen aan wat overblijft binnen zo'n bundel.

De vraag is of het niet waarschuwen bij (bijna) overschrijding van databundel gezien kan worden als een handelswijze die in strijd is met de vereisten van professionele toewijding en daarmee onrechtmatig jegens consumenten. Gebruikers hebben er belang bij op de hoogte te zijn van het verbruik van data. Zo gaf Minister Verhage in een in juni 2012 naar de Kamer gestuurde brief aan:

‘Mensen die na 1 januari 2013 een contract voor mobiel internet afsluiten, krijgen een waarschuwing voordat hun databundel is verbruikt. (...) Dat helpt te voorkomen dat consumenten opeens een torenhoge rekening moeten betalen’

In de conclusie van antwoord wordt door Youfone gesteld:

‘Youfone biedt verschillende instrumenten waarmee de eiser hoge kosten had kunnen voorkomen, deze zullen wij uiteen zetten in het verweer dat hierna volgt.’

Daarmee wordt echter voorbij gegaan aan hetgeen in de dagvaarding is gesteld, kortweg: niet waarschuwen vormt een oneerlijke handelspraktijk en daar had over geïnformeerd moeten worden. Youfone diende de stelling te weerleggen dat zij een oneerlijke handelspraktijk voeren en aan te tonen dat zij eerlijk handelt door consumenten geen bericht te sturen bij (bijna) overschrijden databundel en geen informatie over deze handelswijze te verstrekken. Er geldt immers een omkering van de bewijslast, cf. art. 6:196j BW.

Het standpunt van Youfone is dat hoge kosten voorkomen hadden kunnen worden, door gebruik te maken van een dataplafond. Dat is op zichzelf juist, maar niet een geschilpunt. Al was het maar omdat iedere gebruiker eenvoudigweg overschrijding van de bundel kan voorkomen door binnen de bundel te blijven.

In de conclusie van repliek gaat Youfone wel in op de vermeende oneerlijkheid van hun handelspraktijk, waar in hun ogen geen sprake van is. Ten eerste geeft Youfone aan dat zij niet de enige aanbieder is die niet waarschuwt. Saillant genoeg had ze in hun conclusie van antwoord een schermafbeelding van een internetpagina waarop stond dat Youfone de enige provider is die niet waarschuwt. Ook Simpel zou niet waarschuwen volgens Youfone en dat leiden ze af uit het feit dat je bij Simpel een dataplafond kan instellen. Op de site die Youfone aanhaalt en waar staat dat zij de enige zijn die niet waarschuwen, staat over Simpel ‘Simpel stuurt een waarschuwing-sms als je 80% van je bundel bereikt hebt. In dit sms’je wordt je de mogelijkheid geboden extra internet tegoe aan te schaffen.’

Verder zegt Youfone dat het voor hen technisch onmogelijk is om te waarschuwen. In de conclusie van dupliek was al aangegeven dat dit niet klopt, aangezien ze waarschuwen indien een dataplafond is ingesteld. Het argument is dat ze niet *real time* kunnen waarschuwen, maar pas met een vertra-

ging van een half uur. Voor zover juist, zouden consumenten er baat bij hebben bijvoorbeeld een half uur nadat 80% van de bundel verbruikt is te worden gewaarschuwd. In de casus waar dit geding over gaat zou dan vermoedelijk niet of zeer gering buiten de bundel gebruikt zijn. Het kan soms snel en ongemerkt gaan, het overschrijden van de bundel, bijvoorbeeld als je denkt op WIFI naar een filmpje te kijken en blijkt dat WIFI niet aan stond. Zo keek ik ooit naar een live uitzending aan het begin van de maand, zonder door te hebben dat ik niet WIFI gebruikte. Na drie kwartier was mijn bundel op. Als ik niet gewaarschuwd was, zou ik ook fors buiten de bundel gebruikt hebben.

Dat Youfone overgebruik incalculeert bij het verdienmodel is duidelijk, maar niet verboden. Youfone mag zich onderscheiden in de markt, ook in negatieve zin. Niettemin noemt Youfone het tendentiekus dat geopperd wordt dat Youfone een belang heeft bij niet te informeren omdat het financieel voordeel oplevert. Er zou niet aangetoond worden dat dit zo is. Het is echter de enige verklaring, en Youfone geeft niet een andere verklaring waarom ze dit doen. Het enige dat ze stellen is dat ze de consument goed informeren over het instellen van een dataplafond. Ze plaatsen dit ook in de context van hun professionele toewijding, dat ze informeren over het dataplafond en de tarieven.

Een laatste punt is dat consumenten er op worden gewezen dat door het instellen van een dataplafond onverwachte kosten kunnen worden voorkomen. Dat is juist en inherent aan een dataplafond. Het zegt echter niets over het geval waar deze zaak over gaat, dat *niet* gewaarschuwd wordt als *geen* dataplafond is ingesteld.

De rechter gaat niet in op de door eiser aangevoerde punten, maar neemt de argumentatie van Youfone over. De rechter stelt dat Youfone zich nimmer heeft verplicht tot het geven van een waarschuwing en alleen waarschuwingen worden gestuurd na een ingesteld dataplafond. Allebei klopt, maar het verdient nadere overweging waarom er wordt gewaarschuwd als er voor de consument weinig belang is bij een waarschuwing (bij een dataplafond kan er immers niet buiten de bundel gebruikt worden) en niet gewaarschuwd wordt als er wél belang voor een consument is. Het zou kunnen dat de rechter dat kan verklaren, maar dat blijkt niet uit het vonnis. Het druist in tegen wat een consument redelijkerwijze kan verwachten. Ook zou je als consument verwachten dat, nu er gewaarschuwd wordt bij een dataplafond, behoudens andersluidende informatie (die niet gegeven wordt) dat dan zeker wordt gewaarschuwd als je geen dataplafond hebt ingesteld.

5. Niet informeren over de afwijkende handelspraktijk

Toen de scholier aangaf gewaarschuwd te zijn bij 130 euro overschrijding, begreep ik het niet. Ik dacht dat deze een eerdere waarschuwing genegeerd zou hebben.

Op zoek naar informatie over wat precies juridisch ten grondslag lag aan hetgeen had plaatsgevonden, bleek die niet te vinden, niet op de site, niet in de algemene voorwaarden, etc. De informatie die verstrekt wordt, biedt geen duidelijkheid. Zo is onderaan een brief die de abonnee krijgt onder het kopje **Internet en dataplafond** het volgende opgenomen:

‘Heb je voor een internetbundel gekozen of ga je dit nog doen, vergeet dan niet je dataplafond te activeren. Dit om onverwachte buitenbundel kosten te voorkomen.’

Dit is een mededeling die enkel gaat over het instellen van een plafond om onverwachte kosten te voorkomen. Deze mogelijkheid biedt iedere provider. Hieruit is geenszins af te leiden dat als je een dergelijke plafond niet instelt, je in het geheel niet geïnformeerd zult worden over een eventuele overschrijding.

Ook in de algemene voorwaarden is hier niets over te vinden. Wat enigszins in de buurt komt is de Aanvullende voorwaarden onder A.12:

‘Informatie over het data en bel plafond zijn beschikbaar op de website. De status van het plafond behoort tot de verantwoordelijkheid van de klant.’

Wederom zegt deze informatie echter niets over de het niet waarschuwen bij dataoverschrijding.

Ten slotte de website zelf. Daar wordt de optie geboden controle uit te oefenen. Wederom, dit is een functionaliteit die iedere provider biedt. Als je clickt op meer info krijg je te zien hoe en wanneer je gewaarschuwd wordt bij een ingesteld dataplafond. Nergens staat iets over het niet verzenden van waarschuwingen bij (bijna) overschrijden van de databundel.

Youfone geeft aan ‘De eiser is op de hoogte gesteld dat er kosten buiten de bundel in rekening worden gebracht als de databundel wordt overschreden’. Dat klopt, en geldt uiteraard altijd, voor ieder abonnement. Die mededeling is in die zin niet erg informatief. In aanvulling daarop stelt Youfone ‘en heeft op eigen risico – en dus voor eigen rekening – het advies van Youfone – om een dataplafond in te stellen – in de wind geslagen.’ Dit zijn echter twee heel verschillende zaken. Beiden kunnen weliswaar worden aangewend om een billshock te voorkomen, maar als niet duidelijk is dat van waarschuwen bij overschrijding niet sprake is, is voor de consument niet op voorhand de noodzaak van het instellen van een dataplafond duidelijk.

In *Tekst en Commentaar Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, Oneerlijke handelspraktijk bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, Artikel 193b [Oneerlijke handelspraktijk]* is onder **Onduidelijkheid voor gemiddelde consument** te lezen: ‘(...) is geen essentiële informatie weggelaten of verborgen gehouden (...).’ Youfone doet dat wel, namelijk informatie over hun handelswijze inzake niet waarschuwen bij overschrijding. Hoewel de Sms’jes niet essentieel zijn voor de werking van de dienst, is het voor een goed beeld

hebben van de te verwachten kosten noodzakelijk op de hoogte te zijn van het niet verzenden van dergelijk Sms’jes. Dat eisers niet als enigen hier nadeel van ondervonden hebben blijkt wel uit vele vergelijkbare ervaringen die op internet te vinden zijn.

In aanvulling daarop kan nog aangevoerd worden dat er wettelijke informatieplichten geschonden worden (zoals art. 6:230b lid 10 BW en art. 6:230m lid 1 sub a BW) door in het geheel niets te vermelden en/of anderszins de consument in dezen van informatie te voorzien, over het niet waarschuwen bij het (bijna) overschrijden van de databundel.

Al met al is door Youfone geen redelijk argument aangevoerd waarom zij noch waarschuwen bij overschrijden databundel noch consumenten informeren over het feit dat zij geen waarschuwing stuurt bij overschrijding van de databundel. Het enige belang dat Youfone heeft, lijkt dat door dit niet te doen het haar financieel gewin oplevert.

De rechter gaat in het geheel niet in op dit punt. Er wordt enkel gezegd dat Youfone heel duidelijk informeert over het dataplafond...

6. Eigen schuld?

Een punt wat in de zaak niet expliciet aan de orde is geweest, is de aan oneerlijke handelspraktijken gekoppelde consequentie ‘waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.’ Een consument zal in geval deze weet dat er niet gewaarschuwd wordt bij overschrijden hetzij de overeenkomst niet sluiten hetzij een dataplafond instellen. Ook in die zin had het dus op de weg van Youfone gelegen zowel voor het sluiten van de overeenkomst als daarna duidelijk te informeren over het niet waarschuwen bij overschrijding databundel. De consument mag niet zomaar een dergelijke functionaliteit aannemen, maar moet wel de mogelijkheid hebben te achterhalen dat deze functionaliteit niet geboden wordt. Informatie daarover ontbreekt. Dat betreft dan niet dat er onverwachte kosten kunnen zijn als geen dataplafond wordt ingesteld, maar waarom die kosten zo onverwacht zijn, namelijk omdat er niet gewaarschuwd wordt. Ten slotte kan in het verweer van Youfone een eigen schuld verweer worden gelezen. Het zou aan consumenten te wijten zijn als ze alsnog hoge kosten krijgen nadat ze zo duidelijk geïnformeerd zijn over de mogelijkheid een dataplafond in te stellen om daarmee hoge kosten te voorkomen. Dat de schade te wijten is aan eigen schuld, is op grond van art. 6:101 BW pas relevant als er een grondslag is om schade toe te kennen. Het is uiteraard niet zo bedoeld, maar hierin zou impliciet een aansprakelijkheidserkenning kunnen worden gelezen. Er is schade ontstaan, maar die zou dan in lijn met het *bussluit*-arrest⁸ 100% voor rekening van het slachtoffer te komen.

8. Hoge Raad 20 maart 1992; Hof Den Haag 15 September

7. Afsluitende opmerkingen

Het is bijzonder, de verdienmodellen in de telecombranche. De kosten die bij een regulier abonnement in rekening worden gebracht zijn al een factor 20-100 hoger dan de daadwerkelijke kosten. Dat klinkt heftiger dan het is, want de providers moeten investeren in de infrastructuur en dat kost geld. Bij veilingen voor mobiele telefonie frequenties worden grote bedragen betaald. Nu heeft niet iedere provider een eigen netwerk (enkel KPN, Vodafone en T-mobile), maar het ligt voor de hand dat genoemde investeringskosten doorberekend worden in wat bedrijven als Youfone betalen om gebruik te maken van de bestaande netwerken.

Het verdienmodel binnen de telecombranche is mede gebaseerd op het disproportioneel belasten van gebruik buiten een afgesproken hoeveelheid. Daar lijkt de branche uniek in te zijn. Zoals dat gaat in een geliberaliseerde markt grijpt de overheid indien nodig in. Het voorkomen van shockbills is een dergelijk fenomeen. Het ingrijpen van de overheid heeft zich beperkt tot een gesprek met providers, die een gedragscode hebben opgesteld. Youfone heeft de gedragscode niet ondertekend. Daar zijn zij ook niet toe verplicht.

Het niet waarschuwen dupeert veelal mensen met een kleine beurs. Waarom Youfone niet waarschuwt anders vanwege dat het een verkapt verdienmodel is, wat ze ontkennen, had ik graag uitleg over gekregen van Youfone. Helaas is de rechter er ook niet op ingegaan.

Hoger beroep is in deze zaak niet mogelijk, wel cassatie. De zaak heb ik aan een cassatie-advocaat voorgelegd. Om proceseconomische redenen kan echter bij een kanton-zaak niet worden gecasseerd op grond van onjuiste toepassing van het recht. Dat is nu net de grond die kansrijk zou zijn. Andere gronden zijn formeel-procedureel. Rest juridisch procedureel nog een handhavingsverzoek bij ACM, wat vermoedelijk dit najaar zal worden ingediend. Buiten deze zaak met Youfone is er een bijzondere ontwikkeling. Er zijn inmiddels verschillende providers zoals KPN en Vodafone, die internet aanbieden nadat de bundel verbruikt is, maar daar in het geheel geen kosten voor in rekening brengen. Wel is de internetsnelheid dan lager. Het is wel een mooie invulling van wat steeds breder als grondrecht wordt gezien: toegang tot het internet.⁹

1994.

9. Zie bijvoorbeeld *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, Frank La Rue, 16 mei 2011, United Nations, A/HRC/17/27.